



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

BERNARDO BATISTA DE ASSUMPÇÃO

**PRINCIPAIS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS SENSÍVEIS DAS
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (LEI FEDERAL Nº 11.079/04)**

Brasília
2010

BERNARDO BATISTA DE ASSUMPÇÃO

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS SENSÍVEIS DAS PARCERIAS
PÚBLICO-PRIVADAS NA LEI FEDERAL Nº 11.079/04**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito
para obtenção de Certificado de
Conclusão de Curso de Pós-
graduação *Lato Sensu* em Direito
Administrativo Contemporâneo.

Orientador: Professor Mestre Carlos
Orlando da Silva

Brasília

2010

BERNARDO BATISTA DE ASSUMPÇÃO

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS SENSÍVEIS DAS PARCERIAS
PÚBLICO-PRIVADAS NA LEI FEDERAL Nº 11.079/04**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito
para a obtenção de Certificado de
Conclusão de Curso de Pós-
graduação *Lato Sensu* em Direito
Administrativo Contemporâneo

Orientador: Professor Mestre Carlos
Orlando da Silva

Brasília, 04 de dezembro de 2010

Banca Examinadora

Professor Mestre Rui Magalhães Piscitelli

Professor Mestre Salomão Almeida Barbosa

Dedico esse trabalho à Família Mallogro.

RESUMO

O objetivo deste trabalho acadêmico é promover o estudo analítico, individualizado e particularizado de determinadas normas inscritas na Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079) em torno dos quais gravitam as mais célebres discussões acerca da conformidade junto à Constituição Federal de 1988. Para tanto, a pesquisa focou-se basicamente na doutrina pátria acerca do assunto, com a diversidade de juristas necessárias à demonstração da complexidade das discussões travadas e da variedade de pontos de vista, seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade das questões. Assim, após uma breve introdução ao histórico das parcerias público-privadas, ao conceito legal e às principais características desse instituto, coube o exame dos pontos específicos: as garantias oferecidas ao parceiro privado – sob os prismas formal e material –, a utilização da arbitragem para a resolução de eventuais disputas e a aplicação de sanções em desfavor do parceiro público – . Nessa toada, inescapável a conclusão pela a existência de fundadas suspeitas de inconstitucionalidades, haja vista que diversos dos dispositivos legais, se não atentam frontalmente contra regras da Carta Magna, flertam perigosamente com a incompatibilidade junto a preceitos relativos não apenas ao procedimento legislativo, como também aos sistemas financeiro e administrativo.

Palavras-chave: [Direito Administrativo. Direito Constitucional. Parcerias público-privadas. Constituição Federal. Compatibilidade. Pontos sensíveis]

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	11
1.1 Histórico	11
1.2 A Lei nº 11.079/04 e o conceito legal das PPPs	13
1.3 Principais características das PPPs	17
2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS SENSÍVEIS	21
2.1 Apresentação	21
2.2 O problema das garantias ao parceiro privado sob a ótica da constitucionalidade formal	22
2.3 O problema das garantias ao parceiro privado sob a ótica da constitucionalidade material	29
2.4 A arbitragem envolvendo a Administração Pública	40
2.5 As penalidades contra a Administração Pública previstas na Lei nº 11.079/04	45
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

A presente monografia ostenta como enfoque principal o estudo e compreensão das parcerias público-privadas, introduzidas no ordenamento nacional pela Lei nº 11.079/04, sob a ótica da Constituição Federal, propiciando, assim que se verifique a compatibilidade entre as normas ordinárias específicas e a Carta Magna.

Nesse passo, o escopo é analisar de maneira particular e individualizada as questões que vem sendo tratadas como de maior complexidade pela doutrina, isto é, que são tidas por sensíveis justamente por gerarem discussões mais acaloradas quanto à harmonia ou não junto à Constituição Federal.

Para tanto, será promovida uma aprofundada pesquisa doutrinária acerca da matéria, trazendo à baila juristas que, enfrentando as questões mais destacadas da Lei nº 11.079/04, adotam variadas teses acerca da constitucionalidade ou não das garantias ofertadas ao parceiro privado, da utilização da arbitragem para a resolução de conflitos porventura existentes e da aplicação de sanções em desfavor do parceiro público.

Espera-se conseguir delinear um quadro robusto, porém não exaustivo, acerca das controvérsias que cercam a validade de diversos institutos constantes da Lei nº 11.079/04 e, invariavelmente, contribuem para que as parcerias público-privadas sejam menos incentivadas por razões de insegurança dos contratantes.

Assim sendo, o trabalho encontra-se estruturado em duas partes: o primeiro capítulo, no qual serão expostas as principais características das

parcerias público-privadas e seu conceito legal, além do percurso histórico do instituto; no segundo capítulo, será examinada a constitucionalidade das garantias ofertadas ao parceiro privado – sob os pontos de vista formal e material –, da arbitragem e também da cominação de penalidades contra o parceiro público.

1 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

1.1 Histórico

Apesar do evidente enfoque jurídico emprestado a esse estudo sobre as parcerias público-privadas, é evidente que tema dessa natureza não pode ser analisado de maneira satisfatória sem que se reflita sobre o contexto econômico que conduziu o Estado Brasileiro a buscar alternativas ao modelo clássico de permissões e concessões públicas.

Antes de mais nada, não se pode olvidar que a colaboração entre o Estado brasileiro e a iniciativa particular por meio de parcerias *lato sensu* destinadas a promover empreendimentos de relevância social é uma realidade que remonta à época do Brasil colônia, guardadas as devidas proporções.

A busca por parceiros privados, pelo Estado, para a consecução de fins públicos não representa novidade. Tradicionalmente, em maior ou em menor medida, entes públicos sempre se utilizaram da iniciativa privada para execução de serviços públicos – v.g. contratos e convênios (OLIVEIRA, 2009, p. 917).

Como não poderia deixar de ser, essas parcerias sofreram alterações e mutações em consonância com as diversas mudanças da sociedade e do Estado, desde a fase dos tímidos investimentos nos primórdios do setor elétrico até atingir o esgotamento do modelo estatizante nas décadas de 1980 e 1990, passando pela fase do intervencionismo estatal e do Estado-empresário que permeou o século XX (ENEI, p. 226-227).

No Brasil, a nota fundamental no panorama econômico da década de 1990 foi a eficácia no combate à inflação com o advento do Plano Real, o que, por outro lado, trouxe como consequência um robusto crescimento da

dívida pública nacional, que passou a compreender metade do Produto Interno Bruto (ROSENBERG, p. 15).

Esse problema conjugou-se nos anos seguintes com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal e com a introdução de rígidas metas de *superávit* primário, o que contribuiu para o aumento da necessidade do Estado buscar investimentos na iniciativa privada.

A conjugação do elevado custo da dívida pública, das imposições da LRF e da necessidade de se gerar superávit fiscal, associada ainda às despesas legais vinculadas à educação e saúde, contribuiu determinadamente para criar um quadro financeiro grave para o poder público. A disponibilidade de recursos orçamentários para investimentos secou dramaticamente (ALBUQUERQUE, p. 07).

A solução foi importar o modelo das parcerias público-privadas, que, segundo consta da Exposição de Motivos do projeto de lei que redundou na Lei nº 11.079/04, atingiu considerável sucesso em países como a Inglaterra, Irlanda, Portugal, Espanha e África do Sul.

De todas, a experiência mais emblemática é aquela articulada pelo Estado Inglês sob a alcunha de *public private partnerships* (ENEI, 234), sendo que, atualmente, estima-se que cerca de 65 (sessenta e cinco) países possuam em seus respectivos ordenamentos jurídicos parcerias dessa índole, seja para provocar o investimento do setor privado nos serviços públicos, seja para aumentar a eficiência e eficácia na provisão desses.

Mais uma vez o legislador brasileiro baixa normas sob inspiração do direito estrangeiro, seja do sistema da *common Law* (já que a parceria público-privada teve origem no direito inglês, seja no direito comunitário europeu, onde o instituto vem sendo também adotado, sem que haja um modelo único para parcerias.

Embora sem maiores aprofundamentos sobre a forma como o instituto vem sendo utilizado em outros país e sobre os resultados positivos ou negativos dessa utilização, o direito brasileiro passa a adotá-lo, inovando ao prever garantias que o poder público poderá prestar aos parceiros privados e aos financiadores dos projetos (DI PIETRO, 2009, p. 143).

Após uma tramitação consideravelmente célere na Câmara de Deputados e no Senador Federal, o projeto de lei cujos mentores foram Carlos Ari Sundfeld e Fernando Haddad restou aprovado e, na sequência, a lei recebeu a sanção do Presidente da República em 30.12.2004 como Lei nº 11.079/04 (RIBEIRO; PRADO, 2010, p. 51).

Com efeito, as parcerias público-privadas foram saudadas como uma alternativa capaz de fornecer sustentáculo jurídico para as tentativas de resolver-se os problemas relacionados à falta de recursos estatais, em especial para a realização de obras de infra-estrutura.

A globalização da economia mundial e a busca de investimentos externos visando ao desenvolvimento econômico do país deixam transparecer a dura realidade que o Estado Brasileiro enfrenta hoje: a falta de recursos orçamentários para a implementação de projetos de grande porte, principalmente na área de infra-estrutura, que é de grande importância, tendo em vista que dela depende o desenvolvimento das atividades econômicas ligadas à indústria e ao comércio.

Mas há esperanças de que esse cenário mude muito em breve. Pelo menos o primeiro grande passo já foi dado com a aprovação das Parcerias Público-Privadas, Lei federal nº 11.079/04, cujo objetivo é atrair investimentos de empresas privadas que atuarão ao lado do Poder Público na implementação de projetos nas áreas de saneamento, energia, transportes, habilitação, dentre outras (FERNANDES, 2006, p. 643).

1.2 A Lei nº 11.079/04 e o conceito legal das PPPs

Dotada da expressa missão de instituir normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, a Lei nº 11.079/04 ostenta 30 artigos dispostos em 07 (sete) títulos, a saber, Disposições Preliminares, Dos Contratos de Parceria Público-Privada, Das

Garantias, Da Sociedade de Propósito Específico, Da Licitação, Das Disposições Aplicáveis à União e, por derradeiro, das Disposições Finais.

Como se vê, seu principal efeito foi estabelecer no ordenamento jurídico pátrio um novo marco regulatório e também operacional no que concerne às concessões e permissões públicas por meio das quais particulares prestavam serviços à sociedade sob a fiscalização do Estado.

No final de 2004, depois de acalorados debates em várias frentes e percursos extremamente sinuosos no Congresso nacional, tendo sido o governo obrigado, inclusive, a ceder em vários pontos a fim de viabilizar o projeto que tanto almejava, veio à tona no ordenamento jurídico pátrio a Lei nº 11.079/04, oriunda do Projeto nº 2.546/03, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de Parcerias Público-Privadas – PPPs no âmbito da Administração Pública brasileira, consoante o disposto em sua ementa, trazendo em seu bojo importantes inovações para as contratações públicas, estabelecendo um novo marco nessa matéria, ao lado das Leis nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) e nº 8.987 (Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos) (BITTENCOURT, 2007, p. 19).

Em compasso com a perspectiva político-ideológica de cada doutrinador, variam significativamente os pontos de vista acerca das razões que conduziram o legislador a introduzir essa modalidade de contrato no ordenamento jurídico brasileiro, de sorte que muitos vislumbram um escopo subreptício de larga privatização do serviço público cuja única mitigação decorreria das limitações financeiras estatuídas nos percentuais previstos pelo art. 22 da Lei nº 11.079/04:

Art. 22 A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subseqüentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Nesse rumo, a crítica lição de Di Pietro (2009, p. 145):

Se não houvesse a limitação inserida no artigo 22 da Lei nº 11.079 e uma limitação natural decorrente da insuficiência de recursos financeiros para essas parcerias, poder-se-ia prever uma privatização em massa da Administração Pública e restaria a indagação: será que são desnecessárias (e, por isso mesmo, passíveis de se tornarem obsoletas) as normas constitucionais que estabelecem um regime jurídico público para a Administração Pública, exatamente para proteger o patrimônio público, a função administrativa do Estado e, acima de tudo, o interesse da coletividade.

A fim de fulminar as ambigüidades e eventuais confusões que uma denominação genérica poderia gerar, a própria Lei nº 11.079/04 cuidou de reservar a expressão *parceria público-privada* para designar tão-somente as espécies de contrato que especifica em seu art. 2º, isto é, o contrato administrativo de concessão na modalidade patrocinada ou administrativa (MONTEIRO, p. 181).

A primeira dessas modalidades – patrocinada – possui como nota fundamental a característica de que, afora a tarifa exigida normalmente do usuário do serviço, há também a cobrança de uma parcela pelo parceiro público ao particular. De forma subsidiária, aplicam-se as normas gerais das concessões (Lei nº 8.987/95), sendo que, conforme ilustração de Gasparini (p. 40)

É exemplo dessa espécie de parceria público-privada a concessão de serviços de transporte coletivo de passageiros por meio de ônibus com a obrigação de executar, implantar e explorar certa estação rodoviária, em que o concessionário ou parceiro privado cobraria do usuário pelos serviços prestados uma tarifa e, ainda, receberia do parceiro público um adicional para manter o equilíbrio da equação financeira contratual.

A Lei nº 8.987/95 acrescenta ainda em seu art. 4º, VI, que haverá repartição objetiva de risco entre as partes, o que afasta de maneira drástica a concessão patrocinada da concessão comum, na qual a execução da obra ou serviço dá-se expressamente sob conta e risco do concessionário (art. 2º, II, III e IV da Lei nº 8.987/95). Essa novel espécie de concessão estava contida na redação original da Lei nº 8.987/95 e foi objeto de veto pelo então Presidente da República em razão de supostamente incentivarem a ineficiência operacional e representarem grande risco de perdas ao Poder Público. Seu retorno anos depois deu-se por uma série de motivos que Binenbojm (p. 124) enumera:

(I) O esgotamento da capacidade de endividamento do Estado, em um ambiente político que valoriza a responsabilidade fiscal e o régio cumprimento das obrigações assumidas pelo governo brasileiro com seus credores nacionais e internacionais. Tal circunstância reduz significamente a capacidade de investimentos do Poder Público em infra-estrutura e serviços públicos, gerando os conhecidos “gargalos” estruturais e aumentando o chamado custo Brasil. Daí a enorme demanda por investimentos privados para o financiamento desses setores, o que, todavia, pressupõe a criação de condições favoráveis por parte do Poder Público;

(II) Exaurimento progressivo dos serviços públicos econômicos auto-sustentáveis, o que inviabiliza a opção pelo formato da concessão comum. Rodovias cuja receita com pedágio não cubra os custos de operação e manutenção (ou investimento inicial na construção, recuperação ou ampliação da infra-estrutura), embora não sejam rentáveis para a iniciativa privada, podem vir a proporcionar um retorno econômico e social extremamente positivo. Daí ser justificável a previsão de uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado, como forma de criar o ambiente de atratividade necessário para seduzir os investidores particulares.

A seu turno, a modalidade administrativa da concessão público-privada guarda como marca diferencial a circunstância de que se cuida de um contrato de prestação de serviços no qual a Administração Pública figura como

usuária direta ou indireta, ainda que relacionado à execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (PAVANI; GOUVEIA, p. 323).

Situando-se em polo oposto à concessão patrocinada, cujo objeto é a execução de serviço público, a modalidade administrativa almeja, em princípio, a prestação de serviços, o que, em última análise, aproxima essa espécie de parceria do contrato de serviços sob a forma de empreitada, nos termos dos arts. 6º, VIII, e 10 da Lei nº 8.666/93.

Ocorre que, por meio de uma interpretação combinada de outros dispositivos legais – artigos 2º, §§ 2º e 4º, e 3º da Lei nº 11.079/04 e artigos 21, 23, 25, 29 e 31, dentre outros, da Lei nº 8.987/95, que é aplicada de forma subsidiária –, atinge-se a conclusão de que

[...] a concessão administrativa constitui-se em um misto de empreitada (porque o serviço, mesmo que prestado a terceiros, é remunerado pela própria Administração, como se deduz do artigo 2º, § 3º) e de concessão de serviço público (porque o serviço prestado ou não a terceiros – os usuários, está sujeito a algumas normas da Lei nº 8.987, sejam as relativas aos encargos e prerrogativas do poder concedente, sejam as relativas aos encargos do concessionários (DI PIETRO, 2009, p. 153).

1.3 Principais características das PPPs

Antes que se inicie uma análise aprofundada da conformidade entre as normas que regem as parcerias público-privadas e a Constituição Federal, é elementar importância de que sejam explicitas as mais importantes características dos contratos dessas espécies, o que, por óbvio, proporcionará a compreensão do assunto em sua inteireza.

Uma parceria público-privada nos moldes legais pressupõe a existência de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro

privado, mas nem sempre por meio de simples desembolso de valores, como ressalta o art. 6º da Lei nº 11.079/04, que prevê, por exemplo, outorga de direitos (CRETELLA NETO, 2005, p. 64). No mais, vale rememorar que a diferença da participação do Estado no pagamento é justamente o ponto que diferencia as duas modalidades de parcerias, como exaustivamente assinalado no tópico anterior.

Outra peculiaridade fundamental já mencionada é justamente a repartição de riscos entre os parceiros público e privado preconizada no art. 5º III, da Lei nº 11.079/04, que, por mais que se distancie do conceito usual das concessões públicas, é inerente à parceria. Ademais, insta ressaltar que causa bastante estranheza à doutrina em geral que, dentre os fatores envolvidos nesse risco, esteja alojado o *fato do príncipe*, pois, como é cediço, um evento dessa índole decorre única e exclusivamente de uma determinação do Poder Público, não sendo admissível que o parceiro particular venha a dividir os riscos nesse caos (BITTENCOURT, 2007, p. 58).

Outrossim, os ganhos econômicos são repartidos na medida em que o art. 5º, IX, da Lei nº 11.079/04 reza que o contrato de parceria público-privada deve conter cláusula prevendo “o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado”. Ora, se os riscos são compartilhados, o princípio da isonomia e a vedação ao enriquecimento ilícito exigem que os ganhos também o sejam (RIBEIRO; PRADO, 2010, p. 149).

Na sequência, há o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas, que, a teor do art. 16 da Lei nº 11.079/04, “terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei”.

É notória a existência de uma acalorada discussão doutrinária sobre a conformidade desse dispositivo legal com a Constituição Federal, assunto que será enfrentado posteriormente, cumprindo anotar, neste momento, que a norma peca por seu pouco conteúdo, uma vez que

A Lei não instituiu propriamente o Fundo, limitando-se a dar algumas de suas características e autorizando a União, suas autarquias e fundações públicos a participar no limite global de seis bilhões de reais. Presume-se que cada um dessas pessoas jurídicas contribuirá com cotas, na medida em que celebrem contratos de parceria público-privada, com base no artigo 1º da Lei nº 11.079/04 (DI PIETRO, 2009, p. 161).

É também de grande valia trazer a lume a necessidade legal de criação de uma sociedade de propósitos específicos, independentemente do licitante que se sagrar vencedor já possuir a natureza jurídica de consórcio, ponto que não se encontra esclarecido no texto da lei geral de concessões (Lei nº 8.987/95).

Com efeito, o art. 9º da Lei nº 11.079 é peremptório ao prescrever que, “antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria”.

A propósito, não é de somenos importância a ressalva constante do § 4º desse dispositivo legal, que veda à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante da sociedade, sob pena de subverter o intento do legislador de atrair capital privado, e não aumentar a Administração Pública indireta (DI PIETRO, 2009, p. 166).

Revela-se igualmente interessante realizar-se uma breve referência às penalidades que, invariavelmente, devem ser estipuladas nos contratos de parcerias público-privadas, em obséquio ao disposto no artigo 5º, inciso II, da Lei nº 11.079/04.

Escapando da disciplina da matéria no que concerne à concessões comuns, nas parcerias público-privadas surge a possibilidade de aplicação de sanções também em desfavor da própria Administração Pública, sem, todavia, especificar exatamente quais seriam essas penalidades, omissão do legislador que suscitou densas controvérsias no meio doutrinário (BITTENCOURT, 2007, p. 57) que serão examinadas de forma mais detida no decorrer deste estudo.

Por fim, é indispensável que se fale do procedimento licitatório para a seleção do concorrente a ser contratado. Essa matéria é abordada de maneira bastante simplificada pela norma específica (Lei nº 11.079/04), haja vista que o legislador remeteu o intérprete à Lei nº 8.666/93 e também à Lei nº 8.987/95 e, no mais, restringiu-se a estabelecer algumas outras especificações

em seus artigos 11 a 13 que mais servem a adaptar as regras às peculiaridades das parcerias público-privadas do que a representar verdadeiras inovações legais (CRETELLA NETO, 2005, p. 101).

2 PRINCIPAIS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS SENSÍVEIS

2.1 Apresentação do problema

A doutrina contemporânea construída em torno do Direito Constitucional denomina de “fuga da Constituição” o fenômeno por meio do qual o legislador ordinário altera o ordenamento jurídico de forma a criar ou remodelar institutos valendo-se de inovações cuja harmonia com a Carta Magna mostra-se bastante duvidosa.

Em regra, cuida-se de inconstitucionalidades que podem ser qualificadas *grosso modo* de “pragmáticas” ou “convenientes”, na medida em que se prestam a contornar determinados óbices, vedações e silêncios do texto constitucional por conta de razões práticas de ordens econômica, política e/ou social.

A propósito, calha trazer à colação as precisas palavras de Ferreira (2008, p. 77-78):

Pretendemos, desse modo, demonstrar que nem sempre o que a Carta Política reserva aos entes federados acaba por ser fielmente observado, notadamente por parte do legislador federal. Ao revés, as demandas econômicas, políticas e sociais parecem atuar como uma força decisiva sobre ele na tarefa de editar normas, impulsionando-o a buscar uma necessária (!) conformação geral, uma uniformidade federal mínima (muitas vezes, máxima) de vários institutos do direito do Estado, o que, em princípio, ser-lhe-ia interdito ou, ao menos, não lhe seria expressamente deferido pela Constituição.

Assim, em matéria de institutos de direito do Estado, temos produzido uma série de “inconstitucionalidades úteis ou convenientes”, que se vão constitucionalizando ao longo do tempo, até que a inconstitucionalidade esmaieça, ou eventualmente desapareça, ou permaneça indefinidamente, para dar ensejo ao aparecimento de

outras maiores e mais profundas, quase que a negar o próprio sistema constitucional federal.

Cumpra então deixar de lado o propósito aparentemente nobre externado pelo legislador para justificar a criação do instituto das parcerias público-privadas e direcionar o foco para a análise das eventuais incompatibilidades entre as normas da Lei nº 11.079/04 e as regras de natureza constitucional.

Isso porque, como é de comezinha sabença, a Carta Magna é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico e qualquer dispositivo legal que escape de seu regramento, seja na forma, seja no conteúdo, incorre em manifesto vício (LENZA, 2010, p. 210).

2.2 O problema das garantias ao parceiro privado sob a ótica da constitucionalidade formal

A Lei nº 11.079 reservou ao seu Capítulo III as disposições legais concernentes às garantias que podem ser conferidas ao parceiro privado pela Administração Pública contratante em função da contraprestação pecuniária que lhe compete nessas hipóteses.

Esse referido capítulo comporta apenas um artigo (art. 8º), cuja dicção é a seguinte:

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no [inciso IV do art. 167 da Constituição Federal](#);

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

O escopo dessa regra é fornecer ao parceiro privado garantias de que o parceiro público irá observar fielmente sua obrigação de realizar os aportes financeiros acordados, pois “nenhum particular, salvo se insano, contrataria com a Administração Pública se legítima e contratualmente não estivessem plenamente garantidos seus direitos, e que esses seriam solvidos a tempo” (GASPARINI, p. 53).

Por outro lado, é certo que a dimensão dessa garantia varia de maneira diretamente proporcional de acordo com a importância de que se reveste a contraprestação pública em cada contrato de parceria (GUIMARÃES, 2009, p. 567).

No mais, cabe assinalar que o sistema de garantias concebido pela Lei nº 11.079/04 abrange mecanismos que se revelam estranhos às concessões comuns, o que decorre basicamente da circunstância de que nas parcerias público-privadas existe invariavelmente a previsão de contraprestação pela Administração Pública (NIEBUHR, 2008, p. 139).

Traçando uma relação entre a estipulação dessa garantia pelo legislador e a tradição de devedora contumaz que acomete de maneira sistemática a Administração Pública, escrevem RIBEIRO e PRADO (2010, p. 206):

Obviamente, não fosse a tradição de mal-pagador do Governo brasileiro, seriam desnecessárias as garantias do parceiro público. Como se não bastasse, é imperioso lembrar que, numa situação em que as garantias estejam ausentes, os credores, ainda que não se tenha qualquer dúvida sobre a certeza e a liquidez do crédito, terão que enfrentar o procedimento dos precatórios se não houver o regular pagamento da obrigação pecuniária da Administração.

(...)

Ao garantir as obrigações pecuniárias do parceiro público, procura-se oferecer segurança aos parceiros privados. O objetivo é evitar que eventuais mudanças de orientação política afetem os fluxos financeiros dos projetos por meio da ausência de pagamento das contraprestações pecuniárias. Espera-se, como contrapartida, que essa diminuição de risco reflita melhores propostas para o Poder Público. Todavia, o repasse à coletividade dos benefícios dessa redução, como não se pode jamais olvidar, depende, sobretudo, da existência de um ambiente concorrencial. Noutro cenário o parceiro privado incorporará esse benefício sem qualquer contribuição, eis que não haverá incentivo para seu repasse ou, mesmo, compartilhamento.

A primeira sombra de inconstitucionalidade que a doutrina costuma lançar sobre esse art. 8º ostenta índole formal.

De fato, a Constituição Federal estatui em seu art. 163 que somente lei complementar poderá dispor sobre determinadas matérias relacionadas a direito financeiro, dentre as quais elenca a “concessão de garantias pelas entidades públicas” (inciso III).

Os autores que advogam pela harmonia entre o sistema de garantias das parcerias público-privadas e a Carta Magna de 1988 valem-se de

diversos argumentos para tanto, sendo que o primeiro e mais elementar deles caminha no sentido de que “pessoas jurídicas de direito privado não podem constituir entidades públicas, sob pena de se lhes imputar o mesmo regime jurídico atinente à Administração Direta e às autarquias” (RIBEIRO; PRADO, 2010, p. 212).

A segunda linha argumentativa ampara-se na tese de que as garantias plasmadas na Lei nº 11.079/04 não careceriam de lei complementar na medida em que somente repetiriam norma já inscrita na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/04), como assevera Aragão (p. 25):

Em segundo lugar, ao contrário dos contratos administrativos em geral, em que o foco é dado às garantias de execução contratual pelo particular, há, sem descartar essas, uma grande destaque às garantias a serem dadas pelo Estado ao parceiro privado, prevendo o art. 8º da Lei nº 11.079/04 quase todas as garantias em tese possíveis de serem dadas pela Administração Pública, desde que previstas no edital (art. 11, parágrafo único, Lei nº 11.079/04).

(...)

Tem havido argumentos no sentido da inconstitucionalidade desse dispositivo em razão de apenas lei complementar poder dispor sobre garantias a serem dadas pelo Estado (art. 163, III, CF). Ocorre que as garantias previstas na Lei nº 11.079/04 podem ser consideradas como já referidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº 101/00), especialmente por seu artigo 40.

Nesse mesmo diapasão, mas sob outro ângulo, uma pesquisa leva a autores que defendem tese no sentido de que apenas exigem veiculação através de lei complementar as normas que não somente envolvem garantias, como também possuíam o intuito de garantir a responsabilidade fiscal – o que seria o caso da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 11.079), não o da lei que

regula as parcerias público-privadas (Lei nº 11.079) – (RIBEIRO; PRADO, 2010, p. 212).

No pólo oposto, situa-se a doutrina que enxerga manifesta inconstitucionalidade no art. 8º da Lei nº 11.079/04.

A um, essa parcela de autores sustenta que esse dispositivo legal escapa da repartição de matérias para instrumentos normativos concebido pelo constituinte, uma vez que, através de lei ordinária, foi previsto o fornecimento de garantias por entidade pública, em frontal infringência ao art. 163, III, da Carta Política.

A dois, porque as disposições contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/00) não se identificariam com as regras veiculadas pela Lei nº 11.079/04.

Tratar-se-ia, na verdade, de matéria completamente distinta, relacionada a garantias prestadas para operações de crédito interno e externo, excepcional vinculação de receitas tributárias e transferências constitucionais ou mesmo direito de retenção por ente federado garantidor com o fim de quitar dívida já vencida, como se extrai do art. 40 da aludida LC nº 101/00:

Art. 40. Os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observados o disposto neste artigo, as normas do art. 32 e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal.

§ 1º A garantia estará condicionada ao oferecimento de contragarantia, em valor igual ou superior ao da garantia a ser concedida, e à adimplência da entidade que a pleitear relativamente a suas obrigações junto ao garantidor e às entidades por este controladas, observado o seguinte:

I - não será exigida contragarantia de órgãos e entidades do próprio ente;

II - a contragarantia exigida pela União a Estado ou Município, ou pelos Estados aos Municípios, poderá consistir na vinculação de receitas tributárias diretamente arrecadadas e provenientes de transferências constitucionais, com outorga de poderes ao garantidor para retê-las e empregar o respectivo valor na liquidação da dívida vencida.

§ 2º No caso de operação de crédito junto a organismo financeiro internacional, ou a instituição federal de crédito e fomento para o repasse de recursos externos, a União só prestará garantia a ente que atenda, além do disposto no § 1º, as exigências legais para o recebimento de transferências voluntárias.

Em suma, a Lei de Responsabilidade Fiscal versaria apenas sobre garantias prestadas em relação envolvendo única e exclusivamente entes federados, isto é, de natureza jurídica essencialmente de direito público. Em fecho à argumentação, Ferreira (2008, p. 173) destaca ponto que supera a tese esgrimida pela linha contrária:

Ademais, a disciplina do oferecimento de garantias pelos entes públicos ao contratante privado e, bem assim, o modo de sua execução como previsto na Lei nº 11.079/04, é absolutamente original, não se tendo notícia de disposições semelhantes em qualquer diploma nacional, de qualquer tempo, em alguma lei de natureza financeira pública.

Como se verifica de maneira cristalina, há uma substancial suspeita de inconstitucionalidade pairando sobre o art. 8º da Lei nº 11.079/04, sendo que, em contrapartida, a doutrina com posicionamento mais favorável às concessões público-privadas apressou-se em preparar argumentos dirigidos a combater as vozes que fazem eco às teses de incompatibilidade junto à Carta Magna, na tentativa de resguardar o dispositivo legal.

Sensível a essa controvérsia, Binenbojm (2008, p. 135) assim resume a problemática questão para depois sugerir uma possível solução ao impasse doutrinário:

Há, no entanto, duas interpretações alternativas que poderiam *salvar* o art. 8º da Lei nº 11.079/2004. A primeira, aquela que sustenta ter a Lei nº 11.079/2004 apenas *regulamentado* a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), com o que estaria satisfeita a exigência constitucional. E a segunda, aquela segundo a qual o art. 8º não trata de concessão de garantias por *entidades públicas* (referidas no *caput* do art. 163 da Constituição), mas sim por uma *entidade privada* que é o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas.

Seja como for, a simples existência de uma *suspeita* de inconstitucionalidade já pode representar um elemento problemática de risco e insegurança para os investidores privados. Assim, é recomendável o encaminhamento de um projeto de lei complementar ao Congresso que venha a espantar dúvidas acerca da firmeza das garantias oferecidas pelos parceiros público em contratos de PPP.

Nesse contexto, a proposta deduzida no excerto acima reproduzido é irrepreensível, pois fulminaria peremptoriamente a dúvida de natureza formal retratada, a qual, sem qualquer dúvida, representa um sinal de insegurança aos possíveis investidores que se interessem em formalizar uma parceria público-privada.

Quanto ao aspecto material da norma – que se desdobra em outros dispositivos da mesma lei, mormente o art. 18 –, trata-se de assunto a ser enfrentado no tópico seguinte.

2.3 O problema das garantias ao parceiro privado sob a ótica da constitucionalidade material

Como ressaltado no tópico anterior, o próximo passo a ser dado nesse estudo consiste em enfrentar sob o viés material a controvérsia acerca da constitucionalidade das garantias ao parceiro privado estatuídas na Lei nº 11.079/04.

Nesse diapasão, Ferreira (2008, p. 171) delimita com precisão o problema sob análise, separando de maneira didática os dois questionamentos que são mais comumente trazidos à baila nesse assunto:

Neste tópico, têm sido colocadas três ordens diversas de questionamento:

- 1) a constitucionalidade formal das disposições legais, porque legisladas por lei ordinária, quando a matéria estaria a exigir lei complementar, nos termos do art. 163, III, da Constituição da República;
- 2) a constitucionalidade material das garantias previstas de vinculação de receita não-tributárias dos entes federados e a instituição de fundos especiais garantidores dos contratos de parceria público-privada;
- 3) a constitucionalidade substantiva da previsão de constituição de fundo garantidor ou de empresa estatal para oferecer garantias aos parceiros privados e aos financiadores do projeto.

O primeiro tema já restou fartamente discutido nas páginas anteriores, de sorte que cabe aqui analisar individualmente os outros dois itens acima estampados.

Por pertinente, cabe rememorar a redação do art. 8º da multicitada Lei nº 11.079/04:

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no [inciso IV do art. 167 da Constituição Federal](#);

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

Nessa toada, já é possível extrair-se ao menos duas conclusões sobre o sistema de garantias concebido pelo legislador ordinário: (i) o inciso V denota que o rol não é exaustivo, isto é, a norma possui caráter *numerus apertus* (GUIMARÃES, 2009, p. 567) e, a rigor, (ii) o inciso IV não cria nova hipótese de garantia, mas apenas esclarece que as demais possam ser oferecidas por um fundo garantidor ou por empresa estatal, criados para essa destinação específica (FERREIRA, 2008, p. 174).

Num primeiro momento, a análise será dirigida aos incisos I e II do dispositivo legal, os quais despertam de plano o sentimento de que realmente não faz qualquer sentido perante a Constituição Federal da instituição de vinculação de receita ou utilização de fundo especiais a título de garantias ao parceiro privado.

O inciso I preconiza em sua parte final que a vinculação de receitas deve guardar vigilância à norma do art. 167, IV, da Carta Magna, cuja redação

é a seguinte a partir da edição da Emenda Constitucional nº 42 de 19 de dezembro de 2003:

Art. 167. São vedados:

(...)

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo.

A corrente doutrinária que enxerga mácula de inconstitucionalidade no art. 8º, I, da Lei nº 11.079/04 sustenta que o legislador ordinário equivocou-se ao interpretar o art. 167, IV, da Carta Política no sentido de que, ressalvadas as vedações à vinculação da receita de impostos, toda e qualquer outra despesa pública poderia ser objeto de vinculação, o que, por óbvio, abarcaria a função de servir como garantia das dívidas contraídas pelo Poder Público (HARADA, 2006, p. 212-213).

Motta (2010, p. 14) assinala que essa vertente calca-se, a um, na tese de que as garantias de que trata o texto constitucional dizem respeito unicamente às denominadas AROs, isto é, operações de crédito por antecipação de receita que consistem basicamente em empréstimos de prazo curto a serem pagos dentro do mesmo exercício financeiro, de forma que o silêncio quanto às demais hipóteses significaria, na verdade, a completa proibição.

A dois, no argumento de que o conceito de receita pública “é um gênero que não pode ser considerado um bloco, pois comporta três espécies – a receita originária, a tributária e a creditícia –, devendo todas serem qualificadas como bens públicos indisponíveis, característica que não seria exclusiva das receitas advindas de impostos.

Sintetizando com propriedade essa linha de pensamento, trago à baila a lição de Ferreira (2008, p. 175):

Primeiramente, porque a possibilidade da vinculação da receita de impostos para a prestação de garantias nas operações de crédito por antecipação da receita orçamentária (ARO's) tem caráter excepcional, vale dizer, é operação apenas se admite entre as próprias pessoas públicas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e unicamente em razão de operações de crédito, previstas no art. 40 da Lei nº 4.320/64.

Depois, porque (i) se trata de pessoas políticas que funcionam como garantidoras umas das outras nas operações de crédito interno ou externo e (ii) como arrecadam tributos em que os demais têm participação, ou (iii) devem realizar transferências constitucionais em favor dos garantidos, então podem reter o produto desses tributos ou dessas transferências para saldar a dívida garantida.

Em seu já clássico parecer sobre o tema, Harada ainda invoca os princípios da moralidade e da impessoalidade consagrados no *caput* do art. 37 da Carta Magna, os quais representariam a repulsa constitucional a qualquer norma tendente a inverter a ordem pública no aspecto financeiro-orçamentário. A propósito, pertinente trecho da obra referida:

É absolutamente inconstitucional o inciso I do art. 8º da Lei nº 11.079/04, que permite a vinculação de receitas públicas para garantia das obrigações pecuniárias genéricas contraídas pelo Poder Público perante os particulares. Isso é uma verdadeira inversão da ordem pública, que afronta os princípios da moralidade e da impessoalidade, insertos no art. 37 da CF, em observância impositiva na forma do seu art. 100, *caput*. Ironicamente, este art. 8º atenta,

como vimos, contra o art. 167, IV, da CF, que ele próprio manda observar em seu inciso I, *in fine* (HARADA, 2006, p. 218).

Como não poderia deixar de ser, há também posicionamentos contrários, os quais, essencialmente, partem da premissa de que o art. 167, IV, da Carta Magna torna defesa apenas a oferta das receitas de impostos como garantias ao parceiro privado, já que essas não se amoldam a qualquer das exceções constantes da norma constitucional.

Assim sendo, a *contrario sensu*, todas as demais receitas seriam passíveis de serem dadas em garantia, excluindo-se somente as demais que já tenham destinação prevista em lei, a exemplo de taxas e contribuições sociais ou de intervenção no domínio econômico (RIBEIRO; PRADO, 2010, p. 219).

A fim de esclarecer esse posicionamento e evitar confrontos diretos com preceitos constitucionais, os autores consignam que as garantias estipuladas na Lei nº 11.079/04 resumem-se a uma segurança de que as receitas vinculadas não poderão ser expendidas em outras destinações além do pagamento da contraprestação firmada no contrato de parceria público-privada. Em outras palavras, a garantia não se reveste de natureza civil, mas sim orçamentária, de sorte que qualquer execução precisa ser precedida de uma sentença judicial ou laudo arbitral (RIBEIRO; PRADO, 2010, p. 220-221).

Comentando a possibilidade da orientação doutrinária acima plasmada ser considerada válida, Mello (p. 15) acentua que

o contratado “poderia valer-se do art. 40, XIV, da Lei nº 8.666/93, combinado com o art. 63 da Lei nº 4.320/64 e requerer judicialmente, por cautelar ou mandado de segurança, a efetividade de dois princípios: o da ordem cronológica de pagamentos (art. 5º da LNL) e

o da vinculação legal de recursos (art. 8º, parágrafo único, da LC nº 101/00 e art. 8º, I, da Lei nº 11.079/04.

Após desenhar o caloroso embate doutrinário que se formou em torno do inciso I, impede agora voltar os olhos para o inciso II, que cuida da garantia prestada sob a forma de fundo especial, o qual vem a ser, segundo definição da Lei nº 4.320/64, em seu art, 71, o “produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”.

Para aqueles doutrinadores que perfilham o entendimento de que o art. 167, IV, da Constituição Federal veda a vinculação das receitas de arrecadação de tributos a fundos especiais, o art. 8º, II, da Lei nº 10.079/04 seria igualmente conflitante com a Carta Magna, especialmente em função do disposto no art. 100 da CF.

Explica-se.

A eventual possibilidade de constituição de um fundo especial com o fito de servir de garantia ao parceiro privado teria o condão de criar uma odiosa divisão entre os credores da Fazenda Pública: de um lado, os credores ordinários, que se sujeitam à execução comum em desfavor dos entes públicos e, por conseguinte, são submetidos ao demorado e burocrático procedimento dos precatórios; de outro, os parceiros privados, com benesses desarrazoadas no que concerne à segurança da satisfação de seus créditos, o que geraria descompasso junto aos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e igualdade (FERREIRA, 2008, p. 177).

Relembrando também que o art. 36 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias extirpou os fundos então existentes e estabeleceu como pressuposto ao surgimento de um novo fundo que houvesse prévia disciplinação em lei complementar, Harada (2006, p. 221) afirma de maneira peremptória que a adoção da sistemática prevista no art. 8º, II, da Lei nº 11.079/04 levaria à retirada ilegítima de recursos da sociedade em manifesto confronto com os rígidos contornos do sistema constitucional financeiro.

Assim conclui o festejado jurista:

Atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da publicidade (art. 37 da CF); dribla o art. 165, § 9º, II, da CF e o art. 36 do ADCT; infringe ao art. 167, IV, da CF, contraria o princípio da quantificação dos créditos orçamentários, inserto no art. 167, VII; violenta o princípio da fixação prévia das despesas previsto no art. 167, II. Ademais, esvazia em parte o conteúdo dos arts. 70 e 71 da CF, que cometem ao Congresso Nacional a importantíssima missão de fiscalizar e controlar os gastos públicos, ferindo de morte o princípio da legitimidade que deve presidir o controle sob o prisma da legalidade e da economicidade da execução orçamentária e financeira (HARADA, 2006, p. 222).

Por pertinente ao tema, revela-se interessante, lembrar do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), o qual foi instituído nas disposições finais da Lei nº 11.079, em seu art. 16, cuja redação é a seguinte:

Art. 16. Ficam a União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.

§ 1º O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.

§ 2º O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.

§ 3º Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados.

§ 4º A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.

§ 5º O FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem.

§ 6º A integralização com bens a que se refere o § 4º deste artigo será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda.

§ 7º O aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado a sua desafetação de forma individualizada.

Como leciona Di Pietro (2009, p. 161), a Lei nº 11.079/04 não teve o condão de criar o fundo propriamente dito, mas apenas estatuiu algumas características e diretrizes básicas, além de, como se extrai de forma cristalina, autorizou a União, suas autarquias e fundações públicas a participar do FGP, contribuindo com suas respectivas cotas à medida em que firmam contratos dessa natureza.

Os principais problemas enxergados por Di Pietro (2009, p. 162) no FGP dizem respeito às incongruências na forma de sua administração – já que, segundo o art. 20, sua dissolução é, em tese, deliberada pela Assembléia dos cotistas, o que não é admissível na medida em que sua criação decorre de uma norma legal – e também quanto à ausência de indicação das receitas que irão compor o fundo, falta grave do legislador que compromete de forma drástica a validade da regra.

Retornando ao tópico principal e em obséquio à didática, a tese contraposta quanto à constitucionalidade dos fundos especiais será examinada em conjunto com aquela que sustenta a constitucionalidade do ponto a ser tratado na sequência, vale dizer, a garantia prestada por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade, hipótese inserta no art. 8º, V, da Lei nº 11.079/04.

Como explanado linhas atrás, o inciso V apenas possibilita que as hipóteses de garantias contempladas pelos incisos I e II sejam prestadas por um fundo garantidor ou por uma empresa estatal criados para esse objetivo específico.

Para Binenbojm (2008, p. 136) esse dispositivo legal estaria em perfeita consonância com as normas constitucionais, máxime o regime dos precatórios estipulado no art. 100, na medida em que, a um, não existe qualquer óbice que impeça a Administração Pública de desafetar determinado bem e oferecê-lo em garantia a um contrato, citando, como exemplo, a hipoteca de um imóvel.

A dois, porque:

A fórmula da constituição de uma entidade de direito privado para funcionar como fundo garantidor é absolutamente legítima e respaldada pelo art. 173, § 1º, inciso II da Carta da República. Nada impede, de fato, que o Poder Público constitua uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista (ou uma subsidiária dessas entidades) cujo objeto social seja o de garantir determinados projetos, concebidos no formato de PPP. Trata-se de um aspecto da atividade de fomento, que pode ser desempenhada por pessoas estatais de direito privado. Ora, segundo o art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias sujeitam-se ao 'regime jurídico próprios das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias (BINENBOJM, 2008, p. 137).

Nesse passo, o jurista conjuga as premissas de que é válida a constituição de uma empresa estatal para servir de garantia a determinado contrato e de que essas espécies de pessoas jurídicas submetem-se ao regime de execução similar às empresas privadas para atingir a conclusão de que o inciso V não atenta contra a Constituição Federal.

Em direção contrária, há aqueles que, a exemplo de Ferreira (2008, p. 180), professam que a Lei nº 11.079 subverteu a destinação conferida pela Constituição Federal às empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais teriam sua criação condicionada ao desempenho de atividade econômica, nos termos do art. 173 da Carta Magna:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

(...)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Com efeito, caso fosse legítimo o advento de empresas públicas e sociedades de economia mista para servirem como garantia às parcerias público-privadas, estar-se-ia permitindo que a Administração Pública utilizasse de maneira inapropriada a criação de uma pessoa jurídica de contornos estritos

com o escopo de fugir do sistema de precatórios consagrado no art. 100 da Constituição Federal.

Em outras palavras, restaria configurado evidente desvio de poder legislativo.

Voltando ao primeiro posicionamento, a tese da inconstitucionalidade sob a perspectiva exposta nos parágrafos anteriores é considerada equivocada por Aragão (p. 27):

Quanto ao ponto nodal da violação ao art. 100, CF, se considerássemos a criação de qualquer entidade privada da Administração Pública como desvio de poder legislativo para exclusão do regime de Direito Público de atividade que, constitucionalmente, incube à União, todas elas poderiam ser consideradas inconstitucionais. A possibilidade de criação pela União de entidades de Direito Privado para desempenhar misteres seus é consagrada, entre outros dispositivos constitucionais, no art. 37, *caput*, CF, que expressamente prevê as modalidades de entidades de Administração Indireta, inclusive as de Direito Privado (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Quando a União cria uma entidade de Direito Privado de sua Administração Indireta para desempenhar atividades de sua competência constitucional, as exclui, ainda que parcialmente, do regime jurídico de Direito Público, inclusive da execução de dívidas pelo sistema de precatório, já que o art. 100, CF, submete apenas a 'Fazenda Pública'. Isso, contudo, antes de ser uma ilegítima 'fuga do Direito Público', é uma possibilidade constitucionalmente admitida de os entes federativos buscarem o atendimento mais eficiente de seus objetivos, ressalvada apenas a vedação da entidade de Direito Privado exercer atividades de *jus imperii*, ou seja, de imposições unilaterais aos particulares.

Nessa mesma direção caminha o posicionamento de Ribeiro e Prado (2010, p. 236-237), para quem a natureza do fundo – distinto das entidades elencadas no art. 100 da Constituição Federal, vale dizer, Fazendas Federal, Estadual e Municipal – é suficiente para afastar de maneira legítima a sujeição ao regime de pagamentos por meio de precatórios.

Nesse assunto, prosseguem defendendo que “a utilização dos fundos garantidores com personalidade jurídica de direito privado ou de empresas estatais com essa finalidade constitui melhor opção em termos de garantia de contraprestação pública” (237) justamente porque exclui-se de plano todo o desgaste advindo da submissão ao rito dos precatórios, propiciando maior segurança ao parceiro privado.

2.4 A arbitragem envolvendo a Administração Pública

Dentre as diversas inovações no ordenamento jurídico pátrio decorrentes do advento da Lei nº 11.079/04, uma das que mais atraem atenção é o estabelecimento da arbitragem como meio de resolução de conflitos porventura surgidos no seio do contrato de parceria público-privada.

Eis o teor do art. 11 do referido diploma legal:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

II – (VETADO)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996,, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

A inserção desse dispositivo legal teve o escopo de satisfazer o anseio dos investidores que não somente almejam o cumprimento fiel do acordado, como também são plenamente cientes das deficiências do Poder Judiciário, mormente no que toca à lentidão excessiva e à falta de preparo específico dos magistrados acerca de questões técnicas de elevada complexidade (FERNANDES, 2006, p. 643).

Nessa toada, Cretella Neto (2005, p. 162) pontifica que a expressa previsão da arbitragem guarda íntima conexão com a promessa da Administração Pública de emprestar maior estabilidade ao contrato de parceria público-privada, mitigando as surpresas que volta e meia prejudicam aqueles que pactuam com o Estado brasileiro e estreitando os laços de cooperação entre as partes.

Nas palavras de Talamini (2005, p. 334):

Com a parceria público-privada, promete-se estabelecer um novo cenário de atuação conjunta do setor estatal e dos agentes particulares, com ênfase no caráter associativo do contrato entre as partes. Vale dizer: uma atuação precipuamente coordenada entre os sujeitos contratantes, com a redução – na medida do possível – da prepotência estatal; uma atuação que privilegie a busca de soluções consensuais. A expressa referência legal à arbitragem tem a ver com essa promessa de maior estabilidade, com menos surpresas advindas do exercício unilateral das prerrogativas estatais e o incremento da atividade cooperante.

Todavia, a exemplo de Bittencourt (2007, p. 87), expressiva parcelas dos juristas que se dedicam a estudar o assunto alertam que a questão da aplicação da arbitragem aos contratos de parceria público-privada deve ser enfrentada com bastante cautela, uma vez que os pactos não envolvem direitos patrimoniais disponíveis, dentre outras objeções.

Resumindo de forma bastante didática o assunto, Binenbojm (2008, p. 138) assinala que a doutrina costuma levantar três óbices de índole constitucional à aplicação da arbitragem em contratos nos quais um dos celebrantes é a Administração Pública, a saber:

- (i) o princípio da legalidade administrativa, óbice que poderia ser transposto mediante lei autorizativa expressa;
- (ii) o princípio da indisponibilidade do interesse público, por isto que a arbitragem se prestaria apenas à solução de conflitos em torno de direitos disponíveis;
- (iii) o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que impediria o caráter definitivo da sentença arbitral.

O célebre administrativista rebate a primeira colocação sob a justificativa de que da própria autorização legal, sob os enfoques geral e orçamentário, para que a Administração realize seus gastos deriva a possibilidade de utilização de todos os meios negociais possíveis para o atendimento do interesse da coletividade, sendo que a pactuação de arbitragem estaria inserida nos poderes implícitos do gestor público.

Arremata o ponto afirmando que exigir mais do que o disposto no art. 11, III, da Lei nº 11.079/04 “– como, v.g., autorização legal caso a caso –

seria um despautério, absurda violação do princípio constitucional da separação de poderes” (BINENBOJM, 2008, p. 139).

Prossegue asseverando que, superando-se a confusão conceitual, a disponibilidade do interesse público continua preservada na arbitragem, uma vez que essa tende a ser benéfica para a Administração Pública e suas finanças, pouco importando a disponibilidade de que se reveste os direitos patrimoniais envolvidos no contrato (BINENBOJM, 2008, p. 139).

Aclarando esse assunto, Niebuhr (2008, p. 248-249) destaca:

Direitos patrimoniais disponíveis são os direitos relativos a bens que podem ser apreciados economicamente, quantificados em moeda, que se referem a bens apropriáveis, alienáveis, encontrados no comércio jurídico. Uma análise singela revela que, de fato, a Administração, ao celebrar um contrato administrativo, dispõe de interesses patrimoniais na medida em que destina recursos financeiros para o adimplemento das obrigações contratuais assumidas. Em virtude do exposto, a solução amigável para a solução de litígios de ordem financeira, por exemplo, do cumprimento da obrigação pecuniária assumida pelo parceiro público, não atenta contra a indisponibilidade do interesse público.

Insista-se: prevendo a possibilidade da adoção do procedimento arbitral, a Administração não dispõe do interesse público primário. Apenas abdica do direito de obter do Judiciário a solução para a questão, em situações que sua intervenção não se faz indispensável, buscando a justiça pelo entendimento, pela via consensual, mais célere e amparada em julgadores especializados.

Por derradeiro, anota que a inafastabilidade do controle jurisdicional não pode ser oposta na medida em que o Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade do procedimento de arbitragem e que a opção por essa cláusula “é uma decorrência da disponibilidade dos recursos

envolvidos no contrato administrativo” (NIEBUHR, 2008, p. 140), como exposto no ponto anterior.

Encampando em parte a orientação acima plasmada, Ribeiro e Prado (2010, p. 290) visualizam dois limites constitucionais à utilização da arbitragem nas parcerias público-privadas, a saber, a supremacia da Administração Pública quanto às questões regulatórias e ao poder de polícia, além da manutenção das condições de continuidade. Para os autores, isso significa que “a utilização da arbitragem não deve resultar em restrição ou limitação do poder da Administração de adequar os contratos administrativos ao cumprimento do interesse público envolvido”.

Talamini articula ainda outras considerações pertinentes sobre o tema.

Salienta que, em virtude de determinação legal e sob pena de vício de nulidade, a arbitragem contempla garantias essenciais ao devido processo legal – contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões, dentre outras –, que tornam o procedimento consentâneo com as exigências da Constituição Federal (TALAMINI, 2005, p. 336).

Acrescenta ainda que todo e qualquer ato oriundo da atividade de arbitragem e que demande o emprego de força coativa – seja na esfera instrutória, seja na executiva – deve ser desempenhado pelo magistrado, ao qual compete igualmente investigar o atendimento dos pressupostos de cabimento da determinação do árbitro (TALAMINI, 2005, p. 337).

No polo oposto, situa-se o entendimento adotado por Bittencourt (2007, p. 88), que se vale das palavras de Costa e Tusa:

A vinculação ao Direito Público implica necessariamente a impossibilidade do Estado de abrir mão de seus direitos por mera liberalidade para com a outra parte, pois diversamente estaria sendo prejudicado o próprio interesse público. Assim, a possibilidade de contratar – bem como a de submeter os litígios à arbitragem – do Estado é fruto das normas de interesse público das quais este não pode fugir, já que a finalidade precípua do ajuste é sempre o atendimento das necessidades coletivas. Poder-se-ia dizer, tendo em vista a possibilidade de aplicação subsidiária das normas de direito privado, que, no tocante a estas disposições o Estado poderia livremente transigir, eis que estaria equiparado a um particular. Ocorre que, para tanto, seria necessário observar-se que o objeto desta transação culminasse por não ferir o interesse coletivo. Como argumentado há pouco, esta hipótese pode ocorrer, o que impede inferir pela possibilidade do Poder Público, em situações bem especificadas e em benefício do interesse coletivo, poder servir-se da arbitragem para a solução de certos conflitos.

2.5 As penalidades contra a Administração Pública previstas na Lei nº 11.079/04

É de sabença geral que os contratos administrativos encerram previsão de sanções a serem aplicadas pelo Poder Público ao particular contratante na hipótese em que restar configurado o descumprimento de alguma das cláusulas avençadas.

A Lei nº 11.079/04 foi além, como se extrai nitidamente da redação do art. 5º, II:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 23 de fevereiro de 1995 no que couber, devendo também prever:

(...)

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

A novidade é evidente: a Lei nº 11.079/04 introduziu no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de aplicação das penalidades em desfavor do Poder Público e ordenou a previsão em cláusula da avença, sem, todavia, arrolar as sanções cabíveis,

Sem adentrar a discussão acerca da constitucionalidade da norma, Ribeiro e Prado (2010, p. 116) assim sintetizam a norma em tela:

O dispositivo constante do inciso II do artigo 5º da Lei de PPP encontra paralelo no art. 55, VII, da Lei nº 8.666/93, que obriga constarem de todos os contratos administrativos os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas. Sua redação se aproxima também do previsto no art. 23, VIII, da Lei nº 8.987/95, com a diferença de que aqui se menciona, adicionalmente às penalidades aplicáveis à concessionárias, aquelas aplicáveis à Administração e se exige a proporcionalidade em relação à gravidade das faltas cometidas e às obrigações assumidas.

Surgem, por óbvio, questionamentos quanto à observância do princípio constitucional da legalidade, os quais são resumidos de forma brilhante por Di Pietro (2009, p. 168):

A verdade é que não existe previsão legal de penalidades que possam ser aplicadas à Administração Pública. Ainda que por interpretação extensiva, se cogitasse de impor-lhe as penalidades

previstas no art. 87 da Lei nº 8.666, essa possibilidade ficaria afastada porque tais sanções são incompatíveis com a posição da Administração Pública no contrato, já que ela atua em nome da pessoa jurídica política (União, Estado, Município ou Distrito Federal), única detentora de poder sancionatório. Não se poderia sequer cogitar de aplicar uma pena como a de suspensão temporária de contratar e licitar ou de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

Com efeito, a suspensão temporária do poder de contratar, a declaração de inidoneidade e mesmo a rescisão unilateral do contrato em função de inadimplemento são modalidades de punição existentes no âmbito dos contratos administrativos que não encerram a mínima possibilidade de aplicação em desfavor da Administração Pública, haja vista seu fim precípuo e também as cláusulas exorbitantes.

Analisando o problema, Bittencourt (2007, p. 57) destaca que, quando muito, poder-se-ia admitir a aplicação da sanção de multa nos termos do art. 29 da Lei nº 11.079, o qual, no entanto, versa diretamente sobre a punição de agentes públicos responsáveis por possíveis irregularidades.

Nada obstante, há um ponto a ser lembrado: a eventual aplicação do art. 5º, II, da Lei nº 11.079/04 redundaria em uma situação na qual se inverteria a figura de autoridade da Administração Pública qualificada pela defesa do interesse público, isto é, o poder sancionatório seria hipoteticamente delegado ao particular, o que é plenamente inadmissível no ordenamento jurídico pátrio e confronta com os princípios constitucionais que regem as prerrogativas do Estado (DI PIETRO, 2009, p. 169).

CONCLUSÃO

Findo esse estudo, extrai-se a conclusão primária de que a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04) incorre, no mínimo, em uma série de equívocos no que respeita à técnica legislativa, o que se torna perfeitamente explicável quando se sabe que a confecção do projeto de lei e seu trâmite no Congresso Federal deram-se sob conhecida pressão política.

De maneira mais aprofundada, uma análise criteriosa das normas inscritas na Lei nº 11.079 revela a existência de fundadas suspeitas de inconstitucionalidades, haja vista que diversos dos dispositivos legais, se não atentam frontalmente contra regras da Carta Magna, flertam perigosamente com a incompatibilidade junto a preceitos relativos não apenas ao procedimento legislativo, como também aos sistemas financeiro e administrativo.

Com efeito, todos os assuntos abordados – das garantias sob a ótica formal e material, passando pela resolução de conflitos por meio de arbitragem até chegar finalmente ao assunto da aplicação de sanções em desfavor do parceiro público – geram uma impressionante variedade de discussões que, via de regra, possuem duas distintas linhas de argumentação com respaldados defensores, seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade.

Ora, conseguiu-se assim expor de maneira particularizada cada um dos pontos sensíveis sob o prisma constitucional da Lei nº 11.079/04, esperando-se contribuir desta forma para que sejam logo feitas as alterações necessárias pelo Poder Legislativo que, modificando algumas palavras e

expressões, espanquem definitivamente as dúvidas que acometem de maneira sistemática a doutrina, a Administração Pública e os eventuais parceiros particulares acerca da validade e legitimidade de algumas das normas inscritas na Lei de Parcerias Público-Privadas.

REFERÊNCIAS

BINENBJOM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTENCOURT, Sidney. *Parcerias Público-Privadas Passo a Passo*. Rio de Janeiro: Temas e Ideias, 2007.

BRAGA, Fabiana Andrada do Amaral Rudge. PPP: O Fundo Garantidor, a Execução das Garantias e a Compatibilidade com o Sistema Constitucional de Precatórios. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 17, p. 223-240, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

FERNANDES, Amanda Brisolla. Arbitragem e Aspectos da Cláusula Arbitral no Âmbito das PPPs. *Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo, n. 07, ano XIX, p. 643-645, jul. 2006.

FERRAZ, Sérgio. Projetos de PPP: Aspectos Constitucionais. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord). *Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 394-397.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. *Parcerias Público-Privadas: Aspectos Constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

GASPARINI, Diógenes. Visão Geral das Parcerias Público-Privadas. In: PAVANI, Sérgio Augusto Zampol; ANDRADE, Rogério Emílio (coord.) *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 33-58.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A Constitucionalidade da Hipótese dos Fundos Garantidores da Parceria Público-Privada. *Boletim de Direito Administrativo-BDA*. São Paulo, n. 05, ano XXV, p. 567-578, maio 2009.

HARADA, Kiyoshi. Parcerias Público-Privadas: Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor. In: PAVANI, Sérgio Augusto Zampol; ANDRADE, Rogério Emílio (coord.) *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 205-222.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Pontos Polêmicos das Parcerias Público-Privadas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte, n. 102, ano IX, p. 07-22, jun. 2010.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Parcerias Público-Privadas: Perspectiva Constitucional Brasileira*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. As Parcerias Público-Privadas – PPPs na Lei nº 11.079/04: Pontos Polêmicos. *Boletim de Direito Administrativo-BDA*. São Paulo, n. 08, ano XXV, p. 917-934, ago. 2009.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP: Fundamentos Econômico-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Parceria Público-Privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord). *Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 333-358.